Journal of Fiqh and Usul

HomePage: https://jfiqh.um.ac.ir/ Vol. 53, No. 4: Issue 127, Winter 2022, p. 69-87

Online ISSN 2538-3892 **Print ISSN** 2008-9139

Receive Date: 03-04-2020 **Revise Date:** 07-06-2020 **Accept Date:** 20-10-2020

DOI: https://doi.org/ 10.22067/jfu.v53i4.86257 **Article type:** Original Research

Jurisprudential study of the condition of inability to dispose of the realization of compulsion based on the opinion of Sheikh Ansari

Dr. Mohammad Mehdi Zarei, Assistant Professor of Mazandaran University **(corresponding author)**

Email: m.zarei@umz.ac.ir

Farshid Rajabi, PhD student in Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Mazandaran University

Dr. Aref Bashiri, Ph.D. Graduate of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Mazandaran University

Abstract

Relief of compulsion, that is, to escape and get rid of compulsion, has been mentioned by Sheikh Ansari as one of the conditions for compulsion. He claims the evidence implies that in the realization of compulsion, there is a difference between relief through *toryeh* (half truth) and relief through *non-toryeh*, and in relief with toryeh, compulsion is still achieved, despite the possibility of relief for the compelled person. This ijtihad of the Sheikh on the issue of conditionality of relief has led to the presentation of various views and sometimes objections by the jurists. By examining the conditionality of relief in compulsion and explaining Sheikh Ansari's point of view and analyzing the viewpoints of the agreeing and disagreeing jurists in this regard, the authors have reached the conclusion that the oppositions' views that the real satisfaction in the conditions of the contractors is a correct criticism on the words of the Sheikh, but it does not prevent the acceptance of the conditionality of relief in compulsion, and the possibility of relief with *toryeh*, which the opponents have proposed, is nothing more than a claim. The criterion for the realization of compulsion in relief with *non-toryeh* is also different due to the lack of customary rules in this regard, considering the mental differences of individuals from one person to another.

Keywords: relief, compulsion, toryeh (half truth), Sheikh Ansari

Journal of Fiqh and Usul

HomePage: https://jfiqh.um.ac.ir/

سال ۵۳ ـ شماره ٤ – شماره پیاپی۱۲۷ـ زمستان ۱٤۰۰ ص ۸۷-٦۹

شاپا الکترونیکی ۲۵۳۸-۳۸۹۲

شاپا چاپی ۹۱۳۹-۲۰۰۸

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۱/۱۵ تاریخ بازنگری: ۱۳۹۹/۰۳/۱۸ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۷/۲۹

نوع مقاله: پژوهشی

DOI: https://doi.org/ 10.22067/jfu.v53i4.86257

بررسی فقهی شرط عجز از تفصّی در تحقق اکراه با تکیه بر نظر شیخ انصاری

دکتر محمدمهدی زارعی(نویسنده مسئول)

استادیار دانشگاه مازندران

Email: m.zarei@umz.ac.ir

فرشید رجبی

دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه مازندران

دکتر عارف بشیری

دانش‌آموخته دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه مازندران

چکیده

تفصّی به‌معنای فرار و خلاصی از اکراه را شیخ انصاری به‌عنوان یکی از شروط تحقق اکراه بر شمرده است. به‌ادعای ایشان از ادله چنین بر می‌آید که در تحققِ اکراه، بین تفصّی از طریق توریه و غیرتوریه تفاوت است و در تفصّی با توریه ولو باوجود امکان تفصّی برای مکرَه باز هم اکراه محقق است. این اجتهادورزیِ شیخ در مسئلۀ شرطیت تفصّی منجر به ارائۀ دیدگاه‌های متنوع و گاه اشکالاتی از سوی فقها شده است. نگارندگان با بررسی شرطیت تفصّی در اکراه و تبیین دیدگاه شیخ انصاری و تحلیل دیدگاه فقهای موافق و مخالف دراین‌باره، به این نتیجه دست یافته‌اند که دیدگاه مخالفان مبنی‌بر رکنیت طیب نفس در شروط متعاقدین، مناقشۀ صحیحی بر کلام شیخ است، ولی مانع پذیرش شرطیت تفصّی در اکراه نیست و قید امکان تفصّی با توریه که مخالفان مطرح کرده‌اند، ادعایی بیش نیست. ملاکِ تحقق اکراه در تفصّی با غیرتوریه نیز به‌دلیل نبودن ضابطه‌ای عرفی در این خصوص، باتوجه‌به تفاوت‌های روحی‌روانی اشخاص از شخصی به شخص دیگر متفاوت است.

واژگان کلیدی: تفصّی، اکراه، توریه، شیخ انصاری.

مقدمه

بر اسـاس قواعد عمومی باب معاملات، رکنِ اختیار یکی از شـروط صحت معاملات و از شرایط متعاقدین به شمار می‌رود. مطابق با این رکن، چنانچه معامله‌ای با رضـایت یکی از طرفین منعقد نشـود، باطل اسـت و نه‌تنها ملکیتی صـورت نمی‌گیرد، بلکه مصـداقی از تکسّـب حرام اسـت و متعاقباً هرگونه تصـرف در آن نامشروع و حرام محسوب می‌شـود. آیهٔ ۲۹ سـورهٔ نسـاء دراین‌باره می‌فرماید: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لاَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَنْ تَكُونَ تِجَـارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ... ». بر این اسـاس، علما وجود طیبِ نفس در هریک از طرفین معامله را به‌عنوان شـرطی ضروری در صحت معامله قلمداد کرده‌اند.

بسـیاری از فقها اذعان داشـته‌اند که مسـتفاد از شـرط اختیار در معامله برای اینکه معامله‌ای اکراهی تلقی شود، تحقق مجموعه شـرایطی است در حالات و اوصاف متعاقدین تا بتوان حکم اکراه را بر آن بار کرد. عجز از تفصّی در اکراه یکی از این شـروط اسـت که به‌صورت برجسته، شیخ انصاری در کتاب مکاسب ذیل شرایط متعاقدین به‌عنوان شـرط لازم در تحقق اکراه بر شمرده است. از نگاه شیخ، ازآنجایی‌که تفصّی عقلاً یا از طریق توریه محقق می‌شود یا غیرتوریـه، بنـابراین وقتی فردی در حین معامله مورد اکراه واقع می‌شـود، برای اثبات تحقق آن باید احراز کرد که آیا امکان تفصّـی برای او فراهم بوده اسـت یا خیر؟ تأسیس این ضابطه در باب اکراه در معاملات از سوی شیخ منجر به ارائهٔ دیدگاه‌ها، نظرات متنوع و گاه اشـکالاتی از سوی فقها شده است که تا امروز مدّنظر علما قرار گرفته است. آنچه در این مجال درخورِ توجه و بررسـی اسـت این است که؛ اولاً آیا عجز از تفصّی می‌تواند در تحقق اکراه شرط شود؟ ثانیاً چه مناقشـاتی می‌توان بر کلام شـیخ در اعتبار شـرط تفصّی وارد کرد؟ ثالثاً مستندات دیدگاه‌های مختلف تا چه اندازه پذیرفتنی اسـت؟ رابعاً باتوجه‌به اینکه شـرایط تحقق اکراه به‌خصوص در تفصّی از طریق غیرتوریه بنا بر تفاوت روحیات افراد از شخصی به شخصی دیگر متفاوت است تا چه اندازه می‌توان در این زمینه ضابطه‌مند عمل کرد؟

به‌طورکلی دو دیدگاه در این مسـئله از سوی فقها وارد شده است که هر دیدگاه مسئلهٔ محل بحث را از نگاه مجزا و متفاوتی بررسـی و به مبانی اسـتناد جسته است که به نظر نگارندگان به جنبهٔ ویژه‌ای نظر دارد که هریک به تفکیک بررسـی شـده است. علمایی نظیر محقق ایروانی، مامقانی، جزایری، طباطبایی قمی، سبزواری و... بر تفصیل شیخ، صحّه گذاشته و به شرطیت تفصّی در تحقق اکراه از طریق توریه (به‌صورت مطلق) و غیرتوریه (به شرط تمکن) قائل شـده‌اند و شـماری دیگر از فقها نظیر نائینی، خویی، طباطبایی یزدی، امامی خوانسـاری و امام خمینی(ره)، تفصیل مذکور را نپذیرفته و به شرطیت‌نداشتن تفصّی برای تحقق اکراه قائل شده‌اند.

مسـئلهٔ مذکور به‌صـورت کلی پیرامون اکراه و احکام آن از دیرباز در ابواب مختلف فقهی مطرح شـده است، اما دربارهٔ شرط تفصّی در اکراه با نقش توریه و نبود آن، پژوهش مستقلی همراه با تحلیل و بررسی صورت نگرفته است. پژوهش حاضـر تلاش اجتهادی نویسـندگان در ارزیابی و تحلیل دیدگاه‌های فقها دربارهٔ مسـئلهٔ تفصّـی و شرایط آن

اسـت که با اثبات آن تحول عظیمی در باب اکراه در معاملات ایجاد می‌شـود و همچنین در حقوق جزا نیز می‌تواند نقش‌آفرین باشد.

۱. مفهوم‌شناسی

۱. ۱. اکراه

اکراه از مادهٔ کره (به فتح و ضم اوّل و سکون ثانی) است، هرچند اهل لغت تصریح کرده‌اند که کَره (به فتح) مفهومی غیر از کُره (به ضـم) در بر دارد. در لسـان العرب به نقل از فرّاء، از لغویان و نحویون بزرگ گفته شده است: «کُره (با ضـمـه)؛ آنچـه نفس تو از آن کراهـت دارد. کَره (بـا فتحـه)؛ آنچه که دیگری تو را بر آن وادار می‌کند» (ابن‌منظور، ۸۰/۱۲). در تاج العروس از راغب اصـفهانی نقل شـده اسـت: کَره (با فتحه) مشقتی است که از خارج به انسان می رسـد و بر او با اکراه تحمیل می‌شـود و کُره (با ضـمه) کراهتی است که از درون، انسان را آزار می‌دهد، اما خود لفظ اکراه از باب اِفعال و از مصادر متعدی به‌معنای واداشتن شخصی به انجام کاری است که برای وی ناخوشایند باشد. البته این واداشـتن باید مقرون به قهر و تهدید باشـد. اکثر اهل لغت در این خصـوص می‌نویسند: «فلانی را بر امری اکراه کردند؛ یعنی او را به‌نحو قهر و اجبار بر آن کار وادار کردند» (مرتضی زبیدی، ۳۸۳/۱۳).

معنای اصــطلاحی این کلمه نزد فقیهان همان معنا و مفهوم مدّنظر اهل لغت اســت؛ یعنی واداشــتن دیگری به کاری که بدان مایل نیست در صورتی که همراه با تهدید باشد. بنابراین اکراه به صورتی اختصاص دارد که شخص از رسیدن ضرر به خود یا متعلقان خود همچون پدر و فرزند خائف باشد (انصاری، ۹۰/۲) و همین نکته نزد دیگر فقها نیز تصریح شده است (ابن‌ادریس، ۳۳۵/۲؛ علامه حلی، ۵۰/٤؛ شهید ثانی، ۲۲۷/۳).

۱. ۲. تفصّی

واژهٔ تفصّـی از ریشـهٔ «فصـی» و بر وزن تَفَعّل به‌معنای تخلص و رهایی از سختی و بلایا آمده (مرتضی زبیدی، ۵۰/۲۰؛ جوهری، ٤٥٥/٦) و در کتب فقهی نیز در همین معنای لغوی آن اسـتعمال شـده اسـت. شـیخ انصاری در کتاب مکاسـب و در بحث اختیار، تفصّـی از اکراه را به دو بخش تفصّـی از طریق توریه و تفصّـی از طریق غیرتوریه تقسـیم کرده و سـایر فقها و محشّـین کتاب مکاسـب (طباطبایی یزدی، ۱۰۷/۱؛ ایروانی، ۱٤٦/۱) نیز به‌تبع ایشان به همین تفصیل اکتفا کرده‌اند، ازاین‌رو تفصّی از اکراه به‌معنای راه فرار و خلاصی از اکراه است.

۱. ۳. توریه

توریه عبارت اســت از اینکه متکلم کلامی را بر زبان جاری ســازد که در صــورت ظاهر، معنایی به غیر از آنچه اراده کرده است، داشته باشد؛ مثل اینکه کسی در مقام اعتراض بگوید: شما درحق فلان شخص این سخن را گفته‌ای و مخاطب جواب بدهد: «علم الله ما قلنا» و مرادش از«ما» در کلام، مای موصــوله باشــد، گرچه ظاهر کلام این

است که مراد از«ما»، مای نافیه است (نائینی، ۱۸۷/۱). توریه غالباً در اخبار و حکایات به کار می‌رود ولی در بستر انشائیات نیز تحقّق‌یافتنی است؛ مثل آنکه در انشای عقد، فروشنده بگوید: «بِعتُ»، درحالی‌که قصد وی از این لفظ حکایت از عقد دیگری در سابق باشد که برای مثال روزی با شخص دیگری واقع ساخته است.

۲. شرط تفصّی در اکراه از دیدگاه شیخ انصاری

قبل از ورود به بحث، تبیین این نکته لازم است که تفصّی و خروج از معرکه توسط مکرَه به دو صورت امکان دارد: به‌وسیلهٔ توریه و غیرتوریه. با بررسی دیدگاه شیخ می‌توان گفت: به‌طورکلی دو نظر از سوی ایشان در خصوص شرط عجز از تفصّی در اکراه وارد شده است؛ دیدگاه اول امکان‌نداشتن تفصّی به توریه و غیرتوریه شرط تحقق اکراه نیست؛ دیدگاه دوم شیخ مبنی‌بر نوعی عدول از نظریهٔ خویش است؛ به این بیان که بین توریه و غیرتوریه تفاوت وجود دارد.

۲. ۱. تحلیل دیدگاه اول شیخ انصاری

همان طور که اشاره شد دیدگاه نخست می‌گوید در صدق اکراه تفاوتی بین عجز از تفصّی در توریه و غیرتوریه وجود ندارد. اثری که بر نظر نخست شیخ مترتب می‌شود این است که اساساً چنین شخصی مکرَه به شمار رفته و همین مقدار که شخص را وادار بر انجام فعلی کردند به‌طوری که وی راضی به آن نباشد اکراه ازنظر موضوع یا از جهت حکم، تحقق پیدا می‌کند؛ اعم از آنکه قدرت بر تفصّی و خلاصی از ضرری که بر ترک فعل مترتب است حاصل بوده یا چنین قدرتی وجود نداشته باشد. روشن است که طبق این نظر، شخص با توانایی بر توریه و غیرتوریه درعین حال مکرَه بوده و حکم مکرَه بر آن مترتب است. مؤیّد بیان‌شدهٔ ایشان این است که اگر ما شخصی را که امکان تفصّی به غیر از توریه را دارد مکرَه ندانیم، باید امکان تفصّی به توریه را نیز مکرَه ندانیم؛ چون هر دو ملاک واحد دارند و آن وحشت از خطر در صورت انجام‌ندادن امر مکره است. به‌عبارت‌دیگر اگر در نظر عرف، شخص مکرَه به‌سبب قدرت‌داشتن بر فرار از ضرر با راهی غیر از توریه از اکراه خارج شود، در صورت قدرت بر توریه نیز از اکراه خارج خواهد شد؛ زیرا در این صورت، ملاکِ تحقّق اکراه این است که راه فرار و نجات از ضرر موعود منحصر در انجام کار درخواست‌شدهٔ مکره باشد. بنابراین تفاوتی نیست بین اینکه مکرَه به‌وسیلهٔ گفتن سخنی دیگر (غیر از سخن مورد اکراه) یا انجام کاری دیگر (غیر از کار مورد اکراه) نجات یابد یا به‌وسیلهٔ تکلم به کلام مورد درخواست ولی با درنظرگرفتن معنای دیگر (یعنی با توریه) نجات یابد (انصاری، ۴۵۳/۱). ایشان برای اثبات مدّعای خویش ابتدا دلایلی بر بی‌اعتباری تفصّی به توریه را ذکر می‌کند و سپس به برشماری دلایل بی‌اعتباری تفصّی به غیرتوریه می‌پردازد که در ادامه به بیان دلایل ارائه‌شده توسط شیخ می‌پردازیم.

۲. ۱. ۱. دلایل توریه

روایات: روایتِ «رفع عن امتی ما استکرهوا علیه...» و فتاوای علما در این خصوص مطلق بوده و به‌طورکلی

حکم به عدم لزوم معامله‌ای می‌کنند که توسط شخص مکرَه صورت می‌پذیرد و مقیدساختن این اطلاقات به‌صورت امکان‌نداشـتن توریه به‌دلیل آنکه حمل مطلق بر فرد نادر است، بسیار بعید است. جهت این حکم آن است که حمل عمومات رفع اکراه و نیز خصـوص نصـوصـی که در باب طلاق و عتق مکرَه وارد شـده است و همچنین اجماعات و شـهرت‌هایی که در حکم مکره ادعا شـده اسـت بر صـورتی که به‌سبب جهل یا وحشت و ترس از توریه‌کردن عاجز باشـد بعید به نظر می‌رسد، بلکه می‌توان گفت: اساساً حمل مزبور نسبت به بعضی از این ادله صحیح نیست. افزون بر این قدرت بر توریه، کلام را از حیّز اکراه خارج نکرده بلکه عرفاً این معنا نیز صـادق اسـت (همو، ٤٥٢/١). شـیخ دربارۀ روایات می‌گوید: «بعضـی از این روایات در مواردی اسـت که توریه برای شخص مقدور بوده است؛ ازجمله روایت عمار که در قضـیۀ عمار، ابَوینش مکرَه به کفر و سـبّ پیغمبر(ص) شـدند، ایشـان حاضـر به این کار نشده و کشـته شـد، ولی عمار حرف آن‌ها را گوش و نجات پیدا کرد و سپس خدمت پیغمبر(ص) رسید که حضرت راجع به این کار به او فرمود: «اگر باز هم در چنین شرایطی قرار گرفتی، همین کار را انجام بده» (همو، ٤٥٣/١).

بررسی دلالی روایت عمار: شیخ انصاری و برخی فقها نظیر یزدی (١٢٢/١) به این خبر استدلال کرده و فرموده اند: اگر توریه راهی برای تفصّـــی و تخلص از اکراه بود باید پیغمبر(ص) توریه را به عمار یاد می‌داد، درحالی‌که این کار را نکرده است؛ ازاین‌رو معلوم می‌شود که حتی اگر امکان توریه نیز وجود داشته باشد شارع مقدس انسان را ملزم نکرده کـه برای تخلص از اکراه توریـه کنـد، بلکـه می‌تواند توریه نکند و به احکام مکرَه‌علیه تن دهد. به‌عبارتی گویا عمار توریه را می‌دانســته ولی شــارع او را الزام به توریه نکرده اســت. طبق این مبنا امکان توریه بوده ولی عندالتمکّن چنین کاری لازم نبوده اسـت و به‌سـبب اشـتراک حکم هر دو صورت، فرقی بین متمکن و غیرمتمکن وجود ندارد و شـارع توریه را به او یاد نداده اسـت؛ درنتیجه معلوم می‌شـود که با توریه مشکل حل می‌شود، ولی لازم نیست توریه شود (انصاری، ٣١٦/٣).

این استدلال (با فرض پذیرش دلالت روایت عمار بر استشهاد شیخ) نیکو است، لیکن به نظر می‌رسد استشهاد شیخ درخورِ تأمل باشد؛ زیرا اولاً جریان عمار موردی است که نمی‌شود در آن توریه کرد؛ چون توریه در جایی است که ما لفظی را می‌گوییم و از آن معنای خاصـی را اراده می‌کنیم و مخاطب معنای دیگری را می‌فهمد، ولی در قضـیۀ عمار اصـلاً توریه ممکن نیست؛ زیرا گفتن آن الفاظ کفر و گناه است و توریه‌پذیر نیست و نمی‌توانیم به جریان عمار استشهاد کنیم؛ چراکه حتی اگر تفصّی و تخلص از اکراه با توریه ممکن باشد، لازم نیست توریه کنیم و همان طور که بیان شد به نظر می‌رسد باتوجه‌به معنای توریه تحقق آن برای عمار مشکل بوده است؛ ثانیاً قضیۀ عمار به تقیه شباهت بیشـتری دارد تا توریه و در وسـائل‌الشـیعه باب الأمر و النهی و ما یناسبها (حرعاملی، ٤٧٦/١١) که خبر مربوط به عمار در آن ذکر شـده اسـت، اخبار زیادی دربارۀ تقیه ذکر شـده و به نظر می‌رسـد خبر مذکور نیز در زمرۀ این اخبار اسـت؛ ازجملۀ این روایات، اخباری است که دربارۀ ابوطالب است به اینکه وی نزد کفار مکه تقیه و از همین طریق

پیامبر(ص) را حمایت می‌کرده است. بر این اساس روایت دربارهٔ تقیه است نه توریه (نوری همدانی، ۳).

عرف: ازنظر عرف باوجود قدرت بر توریه همچنان اکراه باقی است؛ لذا عجز از توریه در تحقق اکراه نقشی ندارد. بر این اساس چنان‌که می‌بینید ادعای جریان حکم اکراه در صورت قدرت بر توریه به‌دلیل تعبدی‌بودن آن است نه به‌دلیل صدق حقیقت اکراه، پذیرفتنی نیست (انصاری، ۳۱۳/۳).

۲. ۱. ۲. دلایل غیرتوریه

روایت ابن‌سنان: دلیلی که شیخ انصاری برای غیرتوریه بیان می‌کند روایت ابن‌سنان است. عن ابی‌عبدالله(ع): «قال لا یمین فی قطیعة رحم و لا فی جبر و لا فی اکراه قلت اصلحک الله و ما الفرق بین الجبر و الاکراه. قال الجبر من السلطان و یکون الاکراه من الزوجه و الام و الاب و لیس ذلک بشی» (حرعاملی، ۴۲۴/۳). در این حدیث امام صادق(ع) می‌فرماید در چند مورد قسم اعتبار ندارد: ۱. در قطع پیوندهای خویشاوندی؛ ۲. دربارهٔ جبر ۳. در زمینهٔ اکراه. چون راوی فرق جبر و اکراه را می‌پرسد حضرت می‌فرماید: جبر از ناحیهٔ سلطان و اکراه از سوی کسانی مثل زن، پدر و مادر صورت می‌گیرد. طبیعی است که در برابر خواسته‌های سلطان ظالم چاره‌ای جز اطاعت وجود ندارد و ازاین‌رو عنوان جبر بدان داده شده است، اما چنین الزامی در مقابل خواسته‌های زن و فرزند و پدر و مادر وجود ندارد و شخص می‌تواند در برابر تقاضاهای آن‌ها بایستد و لذا کلمهٔ اکراه به کار رفته است، نه جبر. به‌کاربردن کلمهٔ اکراه توسط حضرت نشانگر بی‌اعتباری عجز از تفصّی در تحقق اکراه است؛ یعنی باوجود امکان تفصّی (در ما نحن فیه) امام اکراه را به کار برده‌اند (انصاری، ۱۲/۱).

بررسی دلالی روایت ابن‌سنان: برخی از فقها بر استشهاد شیخ انصاری به روایت مذکور مناقشه وارد کرده‌اند به اینکه روایت عبدالله‌بن‌سنان ربطی به بحث معامله ندارد؛ زیرا «لایمین فی قطیعة رحم و لاجبر و لااکراه» یمینی که برای قطع رحم است باطل یا یمینی که اجبار و یا اکراه از ناحیهٔ سلطان یا پدر، مادر و زن باشد نیز باطل بوده و از ابتدا منعقد نشده است و درحقیقت مورد این روایت امری اختصاصی راجع به یمین است مبنی‌بر اینکه اگر به اجبار و اکراه امری را در ذمهٔ فردی با قسم قرار دادند، حکمی نداشته و باطل است، اما اینکه به‌عنوان قانونی کلی قلمداد شود که هرکس مورد اکراه قرار بگیرد منشأ اثر در نداشتن حکم باشد، صحیح نیست» (شبیری زنجانی، ۳) و اینکه روایت اختصاص به یمین دارد، در کلام نائینی در منیة الطالب نیز هست: «نعم قد یورد علیه أنّ الرّوایة مختصّة بمسئلة الإکراه فی مورد الیمین لا مطلقاً» (۱۸۸/۱). خدشهٔ واردِ دیگر بر استناد به روایت مذکور جوابی است که امام در البیع در خصوص ضابطهٔ صدقِ عرفی ارائه می‌دهد. ایشان علاوه بر اِشعار به ضعف سند روایت می‌گوید: «صدق عرفی، تعبدناپذیر است و هیچ شبهه‌ای در صدق‌نداشتن اکراه در صورت امکان تفصّی نیست؛ درنتیجه از روایت مذکور نمی‌توان حکم مطلوب را اثبات کرد» (خمینی، ۸۹/۲). این گفتهٔ امام به‌دلیل آن است که ازنظر وی ملاک تحقق اکراه در همین صدق عرفی است؛ به این صورت که هرگاه دفع فعل اکراهی عرفاً با سهولت همراه باشد، اکراه

محقق نمی‌شود (تفصیل نظر مذکور درپی خواهد آمد).

۲. ۲. دیدگاه دوم شیخ انصاری

دیدگاه دوم شیخ که به‌تصریح فقها نوعی عدول از نظریهٔ خویش است مبنی‌بر تفکیک بین تفصّی از طریق توریه و غیرتوریه است؛ یعنی باوجود آنکه شیخ قبلاً مؤیدی ذکر کرد که شخص متمکن از غیرتوریه نیز تحت شمول ادلهٔ اکراه وارد می‌شد، اما در ادامه می‌گوید: «انصاف آن است که می‌شود بین این دو مورد این‌طور فرق گذاشت؛ به این صورت که اگر قدرت بر تفصّی وجود داشته باشد، هیچ‌کدام از این دو مورد اکراه نخواهد بود؛ زیرا اکراه عبارت است از اینکه امتناع از مورد الزام، برای شخص خطر داشته باشد و درصورتی‌که شخص راه تفصّی داشته باشد، امتناع خطر ندارد و قهراً باوجود امکان تفصّی، موضوعاً از تحت اکراه خارج خواهند بود. منتهی درصورتی‌که شخص قدرت بر توریه داشته باشد، از عموم کلمات فقها و موارد خاص روایات این‌طور استفاده می‌شود که شارع مقدس نخواسته است که اشخاص توریه کنند؛ زیرا توریه نزدیک به دروغ است، بلکه نظر شارع این است که حتی اگر امکان تفصّی با توریه وجود داشته باشد، مانعی برای عمل‌کردن به مورد الزام وجود ندارد» (انصاری، ۲۷۷/۳). بر اساس این دیدگاه، تفاوت بین امکان تفصّی با توریه و امکان تفصّی با غیرتوریه در صدق اکراه، تفاوتی تخصصی و موضوعی می‌شود؛ به این بیان که شخص در توریه مکرَه محسوب می‌شود ولی در غیرتوریه مکرَه محسوب نمی‌شود؛ زیرا تفسیر اکراه ازنظر شیخ عبارت است از: «الزام از ناحیهٔ شخصی به شخص دیگر به‌همراه تهدید به عقوبت در صورت انجام‌ندادن آن و مکرَه هم ظن و گمان دارد که اگر انجام ندهد، دچار ضرر می‌شود». به باور شیخ مخالفتی که منجر به ضرر می‌شود دایرمدار تلقی مکره (خطر اعتقادی مکره و باورکردن یا نکردن او) است، نه دایرمدار واقع و به همین دلیل این خطر اعتقادی در توریه هست ولی در غیرتوریه وجود ندارد. در غیرتوریه شخص مکرَه، دیگری را برای رفع اکراه واسطه قرار داده است و حتی اگر هم مکره علم پیدا کند که او قصد امتناع دارد، باوجود این مخالفت خطری برای شخص مکرَه ندارد و خلاصه اینکه در تفصّی با توریه، خطر اعتقادی مکره وجود دارد، ولی در تفصّی به غیرتوریه، خطر اعتقادی مکره وجود ندارد. می‌توان چنین نتیجه گرفت که ازنظر موضوع بین توریه و غیرتوریه فرق وجود دارد؛ زیرا در صورت امکانِ تفصّی با غیرتوریه شخص مکرَه نیست ولی در صورت امکان تفصّی با توریه، شخص مکرَه به شمار می‌رود (انصاری، ۳۱٦/۳). بر این اساس مختار نهایی شیخ انصاری این است که حتی اگر توریه نیز ممکن باشد باز اکراه صادق است؛ زیرا از سوی روایات هیچ اشاره‌ای به این نشده است که توریه کنید تا از اکراه رهایی پیدا کنید؛ درحالی‌که اگر واقعاً توریه مشروع بود و راهی برای تخلص از اکراه وجود داشت، باید در همهٔ نصوص واردشده به این مطلب اشاره‌ای می‌شد، بنابراین حتی با امکان توریه نیز اکراه محقق می‌شود.

تعریف شیخ انصاری از اکراه از سوی امام محل تردید واقع شده است و بعید نیست دیدگاه امام مبنی‌بر شرطیت‌نداشتن تفصّی (که در ادامه خواهد آمد) به‌سبب ایرادی باشد که از تعریف شیخ می‌گیرد؛ زیرا شیخ در این

تعریف سـه قید را در اکراه معتبر دانسته که امام در هر سه مورد آن مناقشه می‌کند. اولین قید این بود که باید از طرف اکراه‌کننده توعید و تهدید صـورت گیرد. امام می‌گوید: همین‌قدر که اکراه‌کننده شـخصی باشد که انسان از شرِّ او در امان نباشد، کافی است. قید دوم این بود که مُکرَه علم یا ظن داشته باشد که شخص اکراه‌کننده به او ضرر خواهد زد. امام می‌گوید: این قید نیز لازم نیسـت، بلکه فقط وجود احتمال عقلایی به ضرررساندن کافی است. قید سوم نیز این بود که حتماً باید ضـرر متوجه مکرَه شـود که در اینجا نیز امام بر این اعتقاد اسـت که ضرر مراتب زیادی دارد و لازم نیسـت که ضـرر حتماً به‌مرتبهٔ حرج‌وشـدت برسد، بلکه عدم‌النفع نیز خودش نوعی ضرر است و همین کافی است (خمینی، ۸٤/۲).

می‌توان بر کلام شیخ احتجاج کرد که ایشان یکی از ادله در تحقق اکراه را عرف دانسته و در چندین‌جا محوریت عرف مبنای تحلیل وی در تحقق اکراه بوده اسـت و وقتی عرف را مبنا قرار دادیم، شـاید معنای اکراه اعم از تعریف شیخ با بعضی از این قیود شود (مثل این قید امام که فرمود: فقط وجود احتمال عقلایی به ضرررساندن کافی است). چنان‌که خویی در بیان تعریفی که شیخ از مجموع قیودی که برای اکراه در نظر گرفته اشکال می‌کند که توعید و تهدید به ضـرر حتماً لازم نیسـت از طرف مُکره باشـد، بلکه ممکن اسـت شـخصـی که از طرف مُکره منسوب است ضرر برساند؛ مثلاً سلطان تهدید کند ولی در صورت تخلّف، فرزند یا برادر یا وزیر او ضرر برسانند که همین نیز در تحقق معنای اکراه کافی است (۳۰۳/۳).

۳. شرط عجز از تفصّی در اکراه از دیدگاه موافقان

برخی از فقها با ارائهٔ قیدهایی امکانِ تفصّـی را در تحقق اکراه شـرط دانسته و سعی کرده‌اند بر شرطیت تفصّی البته با قیدهایی توجیهاتی ارائه دهند و این برخلاف فقهای مخالف اسـت که برای تفصّـی هیچ‌گونه اصـالتی قائل نیسـتند. ازجملهٔ آن‌ها محقق اصـفهانی اسـت که نظریهٔ اجتهادی خویش را در خصـوص شـرطیت تفصّـی ارائه می‌کند. وی معتقد است باید منشأ تفاوت را در مراتب اکراه دانست نه در انواع اکراه (تکلیفیات و وضعیات) که مبنای شیخ است. پس تفصّـی در جایی اسـت که عدول از مکروه به غیرمکروه باشـد و در این مثال اگر این شـخص از محل خودش بیرون برود، عدول از مکروه به مکروه اسـت، لذا اینجا اصـلاً تفصّـی محقق نشـده است. اما در مثال دیگر که مکرِه می‌گوید باید مثلاً کتابت را بفروشـی، اگر خدمه‌اش در حضـور باشند و نه در مکان دیگر، باید امر به خدمه کند که این مکره را از اینجـا دور کنیـد، اگر نکرد این می‌شـود مکروه الی غیرمکروه و اینجـا دیگر صـــدق اکراه نمی‌کنـد (اصـفهانی، ٤۷/۲). بنا بر پذیرش شـرط تفصّـی می‌توان گفت نظر محقق اصـفهانی با تحقق عرفی اکراه مناسب‌تر باشـد. برایند کلی گفتهٔ محقق را می‌توان در این کلام وی یافت که می‌فرماید: «بخلاف باب المحرمات، فإنّ الإکراه الرافع لها ما یساوق الاضطرار، فکون المتفصّی به ما یکرهه طبعاً لایوجب العدول من المضطر إلیه إلی المضطر إلیه،

حتی لایمنع من صدق الاضطرار؛ این مطلب برخلاف باب محرمات است، اکراهِ ناشی از آن همراه با اضطرار است. در محرّمات اگر متفصّـی‌به (یعنی آن کاری که به‌سبب آن تفصّی پیدا می‌کند) ملائم با طبعش نیست، در این حالت عدول از مضـطرّالیه به مضـطرإلیه واجب نیسـت. لذا در اینجا اگر عدول از مضـطرٌّإلیه به مضطرالیه باشد باز صدق تفصّـی نمی‌کند؛ چراکه تفصّـی در باب اضـطرار این اسـت که عدول از مضـطرّإلیه به غیرمضـطرالیه باشد» (همو، ۴۷/۲). ایشان در این زمینه استدراکی می‌آورد و می‌گوید: وقتی مراتب اکراه سبب اختلاف در مراتب تفصّی می‌شود باید به اختلاف افراد و مصـادیق و شرایط ببیند کدام اضعف است و کدام غیراضعف؟ (همو، ۴۸/۲). طبق این نظر، ملاک این اسـت که تفاوت در مراتب اکراه سبب تفاوت در مراتب تفصّی است و ازنظر ایشان در جمع‌بندی می‌توان گفت: در صـورت عدول از مکروه به مکروه و نیز عدول از مضـطر به مضـطر تفصّی نیست، اما در صورت عدول از مکروه به غیرمکروه و از مضطر به غیرمضطر، تفصّی است.

یکی دیگر از موافقان با نظر شـیخ، محقق ایروانی اسـت. وی ملاک شـرطیت تفصّی را تحقق عرفی آن می‌داند. ایشان راجع به شرط تفصّی می‌فرماید: «نمی‌توان بر عدم اعتبار عجز از تفصّی به‌طور مطلق قائل شد. آنچه که مسلّم است این است که هرگاه تفصّی سخت و دشوار باشد، عجز از تفصّی اعتبار ندارد و حصول عجز عرفی کافی است» (ایروانی، ۴۱/۱). اطلاق کلام محقق ایروانی باتوجه‌به عبارت بعدی وی مشخص می‌کند که منظور ایشان از حصول عجز عرفی در خصـوص تفصّـی با غیرتوریه اسـت؛ زیرا ایشان باوجود اینکه قید عدم سهولت را برای تحقق اکراه به کار می‌برد ولی درنهایت قول شـیخ انصـاری را مبنی‌بر اعتبارنداشـتن عجز از تفصّـی در توریه تأیید می‌کند. لذا می گوید: «قول حق، عدم‌اعتبار عجز از تفصّی (به‌وسیلهٔ توریه) است همان گونه که فقها در اینجا به همین نظر فتوا داده اند و در این صــورت اگر مکرَه در صــورت تمکن از توریه دروغ بگوید یا الفاظی بدون قصــدِ معنا را ذکر کند، کار حرامی صــورت نگرفته و همین طور هرگاه در صــورت توانایی از تفصّــی چیزی را بفروشــد یا کســی را طلاق دهد درحالی‌که قصــد معانی آن‌ها را نیز دارد، نقل مال و انقطاع علقهٔ زوجیت مؤثر واقع نمی‌شــود (یعنی اکراه تحقق می یابد)» (ایروانی، ۴۱/۱). صاحب عمدة المطالب نیز قول شیخ را تأیید می‌کند و می‌گوید: ظاهر آن است که با امکان تفصـــی ولو بـا توریـه، عنوان اکراه صـــدق نمی‌کنـد(طبـاطبـایی قمی، ۲۶۳/۲). محقق ســـبزواری نیز قـائـل بر شـرطیت‌نداشـتن امکان توریه در تحقق اکراه است و معتقد است: «در صدق اکراه، عدم امکان تفصّی با توریه معتبر نیست (یعنی ارادهٔ خلاف ظاهر لفظ) و مراد از ضرر متوقع در اکراه، اعم از ضرر واقع بر خودش، مالش، شأنش و بر کسـانی اسـت که متعلق به او هستند» (سبزواری، ۲۷۱). مرحوم جزایری نیز استدلالی شبیه سبزواری دارد و بر این اعتقاد اسـت که تفصّـی از امر اکراهی گواه بر عدم تحقق قصـد مدلول عقد است و به‌عبارت دیگر همین که مکرَه در معامله تفصّـی می‌کند، نشـانهٔ عدم اراده بر انشـای عقد از سـوی وی اسـت؛ زیرا توریه فرع بر قصد است و در واقع هنگامی که شـخص در ضمن معامله، اقدام به تفصّی از طریق توریه می‌کند گویی معنای دیگری از لفظ «بعتُ» که

غیر از انشـای تملیک عین با مال است، قصد شده است. لذا اگر انشای مکرَه، صوری و خالی از قصد مضمون عقد باشـد، موضـوع برای وجوب توریه یا عدم وجوب آن نمی‌شـود؛ زیرا فرض بر آن است مقتضی که همان اراده و قصد جدی برای عقد باشد، منتفی است. بنابراین نفی وجوب توریه کاشف از تحقق قصد مقوّم برای انشا است (جزائری، ٤/ ١٦٣). در توضـیح مقصـود جزائری می‌توان به‌تعبیر محقق ایروانی اشـاره کرد که اشـعار داشـت آثار معاملات و ایقاعاتی که مترتب بر انشـای آن‌ها می‌شـود، لاجرم بایسـتی از سوی شخص مکرَه معانی آن‌ها نیز قصد شده باشد و نمی‌توان صرفاً به مجرد الفاظ یا به مجرد قصد معانی آن‌ها اکتفا کرد و اگر اکراه به مجموع این دو تعلق بگیرد، اثر آن معامله یا ایقاع مدِّنظر به‌اسـتناد به حدیث رفع اکراه برطرف می‌شود (ایروانی، ٤١/١). امام نیز می‌گوید: در جایی که مکرَه قصـد به مضـمون عقد ندارد، بطلان به‌دلیل اکراه نیسـت، بلکه به‌دلیل عدم قصد مضمون عقد است (خمینی، ۷۷/۲).

۴. شرط عجز از تفصّی در اکراه از دیدگاه مخالفان

مخالفان با شـرط تفصّـی در اکراه تفصـیل شیخ را بی‌اثر می‌دانند؛ زیرا مناط در بطلان معاملهٔ مکرَه صرفاً منتفی‌شدن طیب نفس و رضا است و همین مناط در آیهٔ «أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاض»آمده است؛ بنابراین ملاک بر داشتن تراضی طرفینی اسـت نه تفصّی، لذا مطلوب حاصل شده و دیگر دلیلی وجود ندارد تا ما قائل به محوریت تفصّی بر صحت معاملات اکراهی شـویم. ادعای مخالفان آن اسـت که طیب نفس دربارهٔ کسـی که امکان تفصّـی با توریه را دارد نیز محقق می‌شـود؛ بنابراین وقتی که طیب نفس وجود داشـته باشـد، خواه امکان تفصّـی باشـد و خواه نباشـد، معامله صحیح است و تفصّی در اکراه شرط نیست؛ زیرا می‌توان فرض‌هایی را مدّنظر قرار داد که تفصّی با توریه انجام بگیرد و شـخص با کمال طیب نفس و رضـا معامله را انجام دهد و این همان اسـتدلالی است که بنا بر ادعای مخالفان در واقع نوعی تعارض را در کلام شـیخ انداخته است که بالأخره آیا مناط برای رفع اکراه، داشتن طیب نفس و رضا است یا تفصّی؟ زیرا این دو در وجوهاتی می‌توانند جمع‌شدنی باشند و به‌ناچار بایستی یکی از این دو مناط کنار زده شود و دیگری اخذ شود.

ازنظر خویی کسـی که بتواند با توریه از شـرایط اکراه‌آمیز خارج شود ولی توریه نکند، چنین فردی با طیب نفس اقدام به ایجاد معامله کرده است و معامله‌اش محکوم به صحت و نفوذ می‌باشد و عدم تفصّی به توریه و غیرتوریه در تحقق اکراه شرط نیست. ایشان در پاسخ به رأی شیخ می‌گوید: «آن چیزی که درحقیقت مناط در بطلان معامله مکرَه می‌باشـد، صرفاً منتفی‌شدن طیب نفس و رضا است و از ادله و روایات نیز همین‌قدر مسلّم است؛ بنابراین همین نیز باید مبنا برای ترتیب اثر در معاملات قرار بگیرد نه چیزی دیگر و واضـح اسـت که طیب نفس دربارهٔ کسی که امکان تفصّی با توریه را دارد محقق می‌شود و در این صورت چگونه اکراه محقق می‌شود؟» (خویی، ۳۰٦/۳).

محقق خوانساری نیز معتقد است ازآنجاکه ملاک در صت عقد بر وجود طیب نفس یا عدم آن است، بر تفصیل شیخ ثمره‌ای مترتب نمی‌شود؛ چون بر فرض وجود تفاوت بین اطلاع مکره از امتناع مکرَه از طریق توریه یا غیرتوریه، در اولی اکراه صدق می‌کند ولی در دومی اکراه صدق نمی‌کند. باوجود این فرق، نتیجهٔ آن رهایی از ضرر در صورت تمکن از تفصّی با غیرتوریه و رهانشدن از آن در صورت تمکن از تفصّی با توریه است و صرف این نمی‌تواند فرق بگذارد و ثمره نیز داشته باشد؛ چراکه ملاک در صدق اکراه، قصد وقوع مضمونی است که از روی طیب نفس نباشد (خوانساری، ۱۹۹). ایشان نتیجه می‌گیرد که هرکس تفصّی برایش امکان داشته و قصد مضمون عقد داشته باشد، بعید نیست که عقد از روی طیب نفس واقع شده باشد بی‌آنکه فرقی بین امکان تفصّی به توریه و غیر آن باشد. امام خمینی(ره) نیز ازجمله مخالفان با نظر شیخ است. دیدگاه امام را باید حد وسطی بین دیدگاه نائینی و محقق ایروانی دانست. ایشان نیز قید سهولت و عدم سهولت را در تحقق اکراه شرط می‌داند و ملاک تحقق را عرف می‌داند و از این لحاظ دیدگاهش به ایروانی شباهت دارد، لکن امام همچون نائینی توریه را نیز مشمول این قید می‌داند و به همین منظور برای تفصّی و تفصیل آن به توریه و غیرتوریه اعتبار مستقلی قائل نیست. تفاوتی آشکار در استدلال امام با استناد شیخ مبنی‌بر تحقق صدق عرفی وجود دارد. چنان‌که دانسته شد شیخ انصاری یکی از دلایل خویش را عرف دانست که طبق آن، متفاهم عرفی آن است که عجز از توریه در تحقق اکراه مؤثّر نیست، ولی امام(ره) بر این اعتقاد است که مستفاد از صدق عرفی، عدم تحقق اکراه در صورت امکان تفصّی با توریه است. ایشان ضمن رد تفصیل شیخ انصاری در البیع می‌گوید: «درصورتی‌که توریه برای خود مکرَه یک امر ساده و سهلی بود و از این عمل هراسی به دل نداشت، بایستی توریه کند و در غیر این صورت مکرَه نبوده و معامله‌اش محکوم به صحت و نفوذ خواهد بود، ولی اگر در اجرای توریه هراس پیدا کرد، مکرَه تلقی می‌شود و حکم آن مترتب خواهد شد. همین طور درصورتی‌که مکرَه امکان تفصّی به فعل خارجی را نیز داشته باشد؛ بدین صورت که برای او ممکن باشد که در باطن تفصّی کند بی‌آنکه آن را علنی نماید و از آشکارشدن وضعیت حال و وقوع در ضرر هراسی داشته باشد، اکراه صدق نمی‌کند» (خمینی، ۸۷/۲).

همین نظر را محقق نائینی با بیانی دیگر مطرح می‌کند. وی معتقد است که ما در خصوص شرط تفصّی ابتدا باید به این حقیقت توجه کنیم که محل نزاع در خصوص اعتبار و اعتبارنداشتن تفصّی در اکراه بعد از مفروض‌گرفتن این نکته است که باید همواره با مخالفت فعل اکراهی، ضرر مترتب شود و اگر گفتیم مجرد حمل غیر باعث تحقق اکراه می‌شود و درنتیجه رافع اثر معامله است، دیگر بحث از اعتبار و عدم اعتبار تفصّی و این تفصیل‌ها بی‌معناست؛ چراکه با صرف عدم رضایت مکرَه اکراه صدق می‌کند، خواه امکان تفصّی باشد و خواه نباشد و درصورتی‌که مسلّم شود که مکرَه امکان تفصّی ولو به‌وسیلهٔ توریه داشته باشد، مکرَه محسوب نمی‌شود» (نائینی، ۱۸۸/۱)؛ زیرا طیب نفس و رضایت متعاملین مقتضی برای صحت معامله است، حال خواه تفصّی وجود داشته باشد یا نباشد. طبق گفتهٔ

نائینی در امکان تفصّــی به توریه و غیرتوریه اکراه موضوعاً تحقق پیدا نمی‌کند، برخلاف شیخ (انصاری، ۳، ۳۲۹) و صاحب غاية الآمال (مامقانی، ۱۷۵)که فرمود: فقط در غیرتوریه اکراه موضوعاً تحقق پیدا نمی‌کند.

۵. نقد و بررسی آرای مخالفان

به نظر می‌رسـد قول نائینی اندکی محل تأمّل است؛ زیرا نائینی معتقد است که در صورت قدرت مکرَه بر تفصّی ولو با توریه، ضــرر مترتب بر ترک فعل اکراهی نمی‌شود، بلکه بر ترک آن و ترک تفصّی با هم می‌شود. این استدلال مبتنی بر الزام‌کردن شـخص مکرَه بر تفصّـی با توریه در صـورت صـدور تهدید از سوی مکره است؛ به این بیان که شخص مکرَه در صـورت امکان تفصّــی با توریه باید توریه کند وگرنه اکراه تحقق پیدا نکرده و توریه‌نکردن دلیل بر رضایت و طیب نفس مکرَه خواهد بود و حال که شـخص مکرَه به شـمار نمی‌رود، اکراه مستند به فعل اکراهی و ترک توریه قرار می‌گیرد. به‌عبارت دیگر امام و نائینی هر دو قائل بر این هســتند که مکرَه در صــورت امکان تفصّــی با توریه از اکراه خارج خواهد شـد، درحالی‌که می‌توان به اشـکالی که امام بر قید دوم شـیخ در تعریف اکراه گرفت، علیه قول نائینی احتجاج کرد که امام(ره) در آنجا فرمود که صــرف وجود احتمال عقلایی به ضــرررســاندن کفایت از اکراه می‌کند، بی‌آنکه نیاز به قید دیگری در تحقق اکراه باشد. از سویی دیگر ازآنجاکه در جای خود ثابت خواهد شد که در صورت امکان تفصّی از طریق توریه، باز هم اکراه وجود دارد و توریه‌نکردن هیچ دلیلی بر رضایت و طیب نفس مکرَه نیست، لذا جایی برای این ادعا باقی نمی‌ماند که اکراهِ مستند بر ترک توریهٔ مکرَه محقق شود.

مقصـود مخالفان این اسـت که ازآنجاکه معامله از روی طیب نفس نیسـت، پس معامله صحیح نیست و دیگر کاری نداریم که شـخص مکرَه شده است و سپس امکان تفصّی دارد؛ یعنی همین که طیب نفس نیست، پس معامله بـاطل اســت. این مدعا محل تأملی جدی اســت؛ زیرا اینکه معامله طیب نفس نداشــته باشــد، در مقام تحقق یا به‌صـورت معامله‌ای اسـت که از روی اشتباه انجام شده یا به‌صورت اکراه محقق شده و هرکدام از این موارد در مقام تحقق لوازم و شروطی دارند و عدم تفصّی از نگاه شیخ جزء یکی از همین شروط در تحقق اکراه است. در واقع برای احراز عدم طیب نفس می‌بایست اکراه یا اشتباهی تحقق یابد و از همین‌جا می‌توان ایرادی بر کلام خود شیخ نیز وارد کرد که چرا در شـروط متعاقدین به جای اختیار از تعبیر طیب نفس که در لسـان شـارع به‌عنوان رکن صـحت معامله عنوان شـده، به جهت شـمولیت هر دو مورد مذکور استفاده نکرده است و شاید منشأ مناقشاتی که فقها بر کلام شیخ گرفته‌اند نیز از همین جهت باشد که آیهٔ شریفه، قید «أن تراض» آورده و همین نیز بایستی شرط باشد.

رکن تهدید و عدم قدرت بر تفصّی از لوازم تحقق اکراه هستند و شرط است که مکرَه امکان تفصّی نداشته باشد؛ یعنی شخص در غیرتوریه باید مکره را دور سازد وگرنه معامله‌اش محکوم به نفوذ است؛ زیرا اکراه زمانی محقق است که شخص امکان و قدرت دفع آن را نداشته باشد وگرنه هیچ تفاوتی بین عصبانیت و خشم متعاملان با اکراه نیست و

هیچ‌کس قائل نشـده که خشم غاضب، رافع اثر معامله باشد. فقهایی که معتقدند همین امکانِ داشتن تفصّی با توریه در تحقق اکراه کافی اسـت؛ بازگشـت این گفته بر الزام شـخص بر انجام توریه است وگرنه ما باید معامله‌ای از روی عدم طیب نفس را نافذ بدانیم. شیخ می‌گوید: دلیلی بر الزام به توریه نداریم و بلکه چه‌بسا دلیل داشته باشیم که توریه توصـیه نمی‌شـود به‌دلیل اقرب‌بودن به کذب، اما بر غیرتوریه عقلاً دلیل وجود دارد؛ زیرا در صـورت وجود تفصّی با غیرتوریه اکراه موضوعاً تحقق پیدا نمی‌کند (و صرفاً تهدید و خشم است). واضح‌ترین سؤال در این مقام آن است که ملاک احراز تحقق اکراه شـخصـی اسـت یا نوعی؟ درصـورتی‌که ملاک احراز اکراه خصـوصـیات نوعی یک انسان متعارف و معمولی باشـد ممکن اسـت در برخی حالات به‌دلیل کم‌اهمیت‌بودن موردتهدید، شخص مکرَه تلقی شود اما در همین مورد چنانچه ملاک اکراه، خصـوصـیات شـخصـی مکرَه باشـد و مکرَه ازنظر روحی، انسـانی ترسـو، احسـاسـاتی یا بیمار باشـد چه‌بسـا او را مکرَه تلقی کنیم. برعکس ممکن است شرایط به‌نوعی باشد که انسان، مکرَه شـمرده شود اما شخصی به‌دلیل شجاعت زیاد و روحیهٔ قوی به‌طور شخصی مکره دانسته نشود (سنهوری، ۳۳۵/۱). برای صـحت این ادعا تنها وجدان آدمی کافی اسـت بی‌آنکه نیازمند دلیلی دیگر باشیم. به نظر می‌رسد اگر بخواهیم تلقی و خطر اعتقادی مکره را اسـاس برای شـرط‌گذاشـتن تفصّـی قرار دهیم، استدلال شیخ درخورِ توجه است؛ زیرا اولاً آنگاه که شخص مکره اقدام به تهدید نسبت به ضرر موعود می‌کند و به اعتقاد مکرَه امکان عملی‌ساختن آن را نیز داشته باشد، همین احتمال‌دادن مکرَه و خوف وی مبنی‌بر وقوع ضرر در آیندهٔ مجهول برای او کافی است تا گواهی بر صـــدق اکراه باشـــد و این احتمال‌دادن، چیزی نیســـت جز تلقی مکرَه و خطر اعتقادی مکره مبنی‌بر عملی‌ســـاختن متوعّدبه. جای تأمل اسـت که امام باوجود آنکه قیودی را که شیخ برای تحقق اکراه لازم دانسته را نیز شرط نمی‌داند و بلکه فقط وجود احتمال عقلایی به ضـــرررســـاندن را کافی از تحقق اکراه دانســـته، باز ملاکِ نوعی را برگزیده و طبق تعاریف ارائه‌شـده از اکراه قاعدتاً می‌بایسـت امام شایسته‌تر به پذیرش ادعای شرطیت تفصّی باشد تا شیخ. از سویی دیگر گویا امام بر این ادعا هسـتند که ممکن اسـت شـخص مکرَه شـود و طیب نفس نیز داشـته باشد و این صحیح نیست؛ زیرا اکراه چنان‌که مفهوم آن قبلاً گذشت یعنی اینکه شخص رضایت به انجام فعل نداشته باشد و وقتی میل و رضـایت داشـته باشـد دیگر اکراه کامل نیسـت و بلکه صـرف عصـبانیت و صدور تهدید بلااثری است که از جانب شخص مکره صادر شده است.

در همین راســتا قید امکانیت که در دیدگاه برخی فقها ذکر شــده اگر به‌معنای مقدوریت تام و بدون خوف مکرَه باشد به‌گونه‌ای که تصور اکراه در آن خلاف عقل باشد، در این بحثی نیست. البته شاید بتوان گفت که همان نظر فقها مبنی‌بر صـدق عرفی نزدیک به صـواب باشـد (طباطبائی یزدی، ۱۲۲/۱)، اما به نظر می‌رسد عرف هم نمی‌تواند مبنا باشد؛ زیرا امکانیت و سهولت از هر شخصی به شخص دیگر متفاوت است و عرف در اینجا هیچ ضابطه‌ای ندارد و به‌ناچار بایسـتی مقصود از امکان‌داشتن، امکانیت ازنظر مکرَه باشد. بنابراین قول محقق همدانی به صواب نزدیک‌تر

اسـت. وی می‌گوید: «مناط در امکان تحقق تفصّی آن است که ارتکاب فعلی که تفصّی به‌واسطهٔ آن حاصل می‌شود برای مکرَه آسـان‌تر باشـد از ارتکاب آنچه که بدان اکراه شـده اسـت. آنچه که معلوم اسـت این است که آسان‌تربودن ارتکاب در نظر فاعل معتبر اسـت نه در نظر عرف» (همدانی، ۱٦۳). این گفته چنان‌که پیدا است به‌گونه‌ای است که اولویت اثبات اکراه را بر ملاک شـخصـی‌بودن نهاده اسـت. به‌همین سـبب نمی‌توان نظر کسـانی همچون آیت‌الله بهجت نیز که امکانیت را مقید به سـهولت توریه کرده را پذیرفت (بهجت، ٤۳۵). در اینجا باید دقت کرد که امکان داشتن توریه و احتمال ضرر با یکدیگر جمع‌شدنی هستند؛ زیرا تلقی و خطر اعتقادی، امری نفسانی است که در افق نفس جاری می‌شـود و چگونه می‌توان با تصـور ذهنی و استدلال‌های عقلی که به ظن و گمان شباهت بیشتری دارد، آن هم در خارج از آن فضـا دربارهٔ حالاتی که در آن فضـای اکراه‌آمیز بر نفس مکرَه (همچون پریشـانی و اضـطراب) عارض می‌شود، قضاوت کرد؛ زیرا فرض آن بود که شخص امکان تفصّی با غیرتوریه را نداشته است و تفصّی با توریه هم چیزی نیسـت جز کلامی همراه بـا تـأویلی نفسـانی و کلام به‌خودی‌خود برخلاف غیرتوریه هیچ‌گونه مانعیت جسمانی بین مکرَه و مکره ایجاد نمی‌کند و صرف ادای الفاظی است که با خطر اعتقادی مکره (که آیا باور می‌کند یا نه) همراه اسـت. به همین دلیل اسـت که برخی از فقها معتقدند: «به‌سبب برداشت دو معنی از توریه؛ اولاً نمی‌تواند این عمل کار عوام‌النّاس باشـد؛ ثانیاً در اکراه معمولاً انسـان تمرکز ندارد و حواسـش جمع نیسـت و با اضـطراب و پریشـانی حرف می‌زند، لذا کار سـختی اسـت و اغلب موارد توریه هم به‌صورتی هستند که امکان آن وجود ندارد و حتی گاهی اگر مُکره بفهمد که مُکرَه توریه کرده امکان دارد ضـرر بیشـتری بر مُکرَه وارد کند و نوعاً هم طوری هست که شـخص اکراه‌کننده می‌فهمد و به‌تعبیر خود شـیخ خطر اعتقادی مکره وجود دارد» (نوری همدانی، ۸). نمی‌توان مناقشـهٔ امام بر قید دوم شیخ در تعریف اکراه را پذیرفت؛ زیرا امام و خوانساری با این قید خواسته‌اند مطلق امکانیت را بدون درنظرگرفتن هیچ قیدی (حتی توریه) منشـأ عدم اکراه بر شـمارند و حال آنکه مکرَه‌شدن امری درونی است و توریـه این امکـانیـت و قـابلیـت نوعی را ندارد که رافع این امر باشـد، برخلاف غیرتوریه؛ چراکه در غیرتوریه خطر اعتقادی مکرَه وجود ندارد. با فرض اینکه امکانیت به‌معنای این باشد که مکرَه کاملاً قادر بر توریه باشد از کجا معلوم می‌شـود که مکره باور کند یا نکند، درحالی‌که در بسـیاری اوقات حالات چهره و طبایع، اماراتی را برخلاف مدعای آدمی نشـان می‌دهد و از کجا معلوم که عقل با اسـتناد به خطر اعتقادی مکره، حکم به وجوب عدم توریه نکند، مگر آنکه بگوییم امکان پی‌بردن به اعتقاد مکره نیز وجود داشـته باشـد که این البته تصـوری بیش نیسـت چنان‌که تصـور محال نیز محال نیست. سؤالی که در اینجا به نظر می‌رسد آن است که حال که طبق ادعای شیخ تفصّی با توریه اثری ندارد، چرا شیخ قائل به این تفصیل شده است؟ آیا تعارضی در ادعای شیخ وجود ندارد؟

در پاسخ می‌توان گفت که به‌لحاظ عقلی توریه نیز راهی است که گاهی از طریق آن برای دفع ضرر متوعدبه به آن عمل می‌شـود و به‌نتیجهٔ مقصـود می‌رسد ولی با خطر همراه است. برای همین، تفصیلی که شیخ داده مبنی‌بر هرگونه

راه و چاره‌ایی است که به ذهن هر شخص عاقلی برای فرار از اکراه می‌رسد و چنان‌که پیداست تفصّی نیز عنوانی است که جز با دخالت مستقیم عقل به سرانجام نمی‌رسد و کار شرع هم ترتیب اثردادن یا ندادن بر چنین راه‌های عقلی است. حال اینکه چرا شرع مقدس مکرَه را ملزم به توریه نمی‌کند؟ به نظر می‌رسد استناد به همان استدلال شیخ ذیل استشهاد به روایت عمار بهترین پاسخ باشد؛ زیرا مانعیت جدی از سوی شرع وجود دارد که شخص را ملزم به توریه کند؛ چراکه ولو اثبات بر عدم قبح توریه شود، دلیلی بر ضرورت الزام به آن نیست. چه‌بسا شارع چیزی را قبیح نمی‌داند اما توصیه هم نمی‌کند. از سویی دیگر توریه به‌لحاظ شکلی (نه حکمی) به کذب نزدیک است و چنان‌که آیت‌الله نوری بیان کرد توریه امری دشوار است که کار هرکسی نیست و به‌تعبیر مرحوم یزدی شاید حذر از داخل‌شدن توریه در کذب، یکی از موانع الزام شارع به شرطیت تفصّی از طریق توریه باشد.

نتیجه‌گیری

شیخ انصاری یکی از شروط متعاقدین را نبود اکراه بیان می‌کند و سپس برای اکراه بین تفصّی با توریه و تفصّی از طریق غیرتوریه فرق می‌گذارد. عده‌ای از فقها نظیر محقق ایروانی با صحه‌گذاشتن بر تفصیل شیخ قید عدم سهولت را برای تحقق اکراه با توریه به کار می‌برد، ولی درنهایت قول شیخ انصاری را مبنی‌بر اعتبارنداشتن عجز از تفصّی در توریه تأیید می‌کند. جزایری نیز هم‌نظر با شیخ انصاری است و توریه را فرع بر قصد انشای عقد می‌گذارد و معتقد است تفصّی از امر اکراهی گواه بر تحقق قصد مدلول است، بنابراین همین که مکرَه تصمیم بر تفصّی می‌کند دال بر عدم ارادهٔ وی بر انشای عقد است و درنتیجه اکراه تحقق پیدا می‌کند. فقهایی نظیر مرحوم طباطبایی، سبزواری، مامقانی و محقق اصفهانی نیز موافق با نظر شیخ هستند، لکن تلاش کرده‌اند با ارائهٔ قیدهایی بر شرطیت تفصّی استدلال کنند. بااین‌حال فقهایی نظیر نائینی، خویی، یزدی، خوانساری و امام خمینی(ره) تفصیل شیخ را بی‌اثر می‌دانند؛ زیرا ازنظر ایشان مناط در بطلان معاملهٔ مکرَه صرفاً منتفی‌شدن طیب نفس و رضا است (که البته خود شیخ قبلاً به آن اشاره کرده است) و واضح است که طیب نفس دربارهٔ کسی که امکان تفصّی با توریه را دارد نیز محقق می‌شود؛ بنابراین وقتی که طیب نفس وجود داشته باشد، خواه امکان تفصّی باشد و خواه نباشد، معامله صحیح است و تفصّی در اکراه شرط نیست.

ازآنجاکه ملاک برای صحّت معاملات باتوجه‌به نص شرعی و آیهٔ قرآن داشتن طیب نفس و رضا است؛ به نظر می‌رسد اگر شیخ انصاری در ذیل شرایط متعاقدین به جای واژهٔ اختیار از عبارت طیب نفس بهره می‌بُرد نه اکراه و عدم اکراه؛ این‌چنین منشأ غالب مناقشات از سوی فقها نمی‌شد؛ زیرا اگر معامله بر اساس طیب نفس نباشد، در مقام تحقق یا از روی اشتباه انجام شده یا به‌صورت اکراه محقق شده و نمی‌توان مستفاد از رکن اختیار، رافعیت اثر را به‌دلیل اشتباه در معامله دریافت کرد و اتفاقاً یکی از ریشه‌های مناقشات و اختلافات در موضوع تفصّی در اکراه

بازگشت به همین مسئله دارد که از شروط متعاقدین اختیار است یا داشتن طیب نفس و رضا؟

انصاف آن است که دیدگاه نهایی شیخ انصاری مبنی‌بر اینکه امکان عجز از تفصّی با توریه، نقشی در تحقق اکراه ندارد نظری متقن است؛ زیرا آنگاه که شخص مکره اقدام به تهدید نسبت به ضرر موعود می‌کند و به اعتقاد مکرَه، امکانِ عملی‌ساختن آن نیز وجود دارد، همین احتمال‌دادن مکرَه و خوف وی مبنی‌بر وقوع ضرر در آیندهٔ مجهول برای او جهت صدق اکراه کفایت می‌کند و آن چیزی نیست جز تلقّی مکرَه و خطر اعتقادی مکره مبنی‌بر عملی‌ساختن متوعّدبه که آن هم امری است نفسانی، لذا چگونه می‌توان با تصور ذهنی و استدلال‌های عقلی نزدیک به ظنّ و گمان، راجع به حالاتی همچون پریشانی و اضطراب که بر مکرَه عارض می‌شود قضاوت کرد؛ چون فرض آن بود که شخص امکان تفصّی با غیرتوریه را نداشته است و تفصّی با توریه هم چیزی نیست جز کلامی همراه با تأویلی نفسانی و کلام به‌خودی‌خود برخلاف غیرتوریه هیچ‌گونه مانعیت جسمانی بین مکرَه و مکره ایجاد نمی‌کند و صرفاً ادای الفاظی است که با خطر اعتقادی مکره همراه است. از این گفته نیز اگر بگذریم از سویی دیگر الزام شارع به مبادرت به توریه با مانعیت جدی همراه است؛ چراکه ولو اثبات بر عدم قبح توریه شود، دلیلی بر ضرورت الزام به آن در دست نیست و از جهتی جدا از دشواربودن توریه، چنین عملی به کذب نزدیک است و به‌تعبیر مرحوم یزدی شاید یکی از موانع الزام شارع به شرطیت تفصّی از طریق توریه، پیشگیری از داخل‌شدن توریه در کذب باشد و بنا به فرض هم امکانیت به‌معنای این باشد که مکرَه کاملاً قادر بر توریه باشد، از کجا معلوم می‌شود که مکره باور کند یا نکند؛ درحالی‌که در بسیاری اوقات حالات چهره و طبایع، اماراتی را برخلاف مدعای آدمی نشان می‌دهد تا جایی که حتی عقل با استناد به خطر اعتقادی مکره، حکم به وجوب عدم توریه کند. به نظر می‌رسد در تفصّی از طریق غیرتوریه عرف هم نمی‌تواند مبنا برای تحقق اکراه باشد؛ زیرا امکانیت و سهولت در افراد نسبت به یکدیگر متفاوت بوده و در اینجا هیچ ضابطه‌ای نداشته باشد و به ملاک شخصی نه نوعی، امکانیت در طرف شخص مکرَه باشد؛ یعنی چنانچه ملاک اکراه خصوصیات شخصی مکرَه باشد و مکرَه ازنظر روحی، انسانی ترسو، احساساتی یا بیمار باشد، چه‌بسا او را مکرَه تلقی کنیم. برعکس ممکن است شرایط به‌گونه‌ای باشد که انسان، مکرَه شمرده شود اما فرد به‌دلیل شجاعت زیاد و روحیهٔ قوی شخصی مکره دانسته نشود. ازآنجاکه در تعریف فقها از اکراه محرز شد که اکراه عبارت است از: واداشتن دیگری به کاری همراه با تهدید که بدان راضی نیست، لذا اکراه اختصاص دارد به‌صورتی که شخص از لحوق ضرر به خود یا وابستگان خود همچون پدر و فرزند خائف باشد، اما آنگاه که میل و رضایت داشته باشد دیگر اکراه کامل نیست، بلکه صرف عصبانیت و تهدید بلااثری است که از سوی مکره صادر شده است. بر این اساس نتیجه می‌گیریم که یکی از شروط متعاقدین، طیب نفس است و امکان‌نداشتن تفصّی در غیرتوریه یکی از شرایط تحقق اکراه و نفوذنداشتن معامله است.

منابع

ابن‌ادریس، محمدبن‌احمد، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، چاپ‌دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ق.

ابن‌منظور، محمدبن‌مکرم، لسان العرب، چاپ‌سوم، بیروت: دارالفکر، ۱۴۱۴ق.

اصفهانی، محمدحسین، حاشیهٔ کتاب المکاسب، چاپ‌اول، قم: انوارالهدی، ۱۴۱۸ق.

امامی خوانساری، محمد، الحاشیة الأولی علی المکاسب، تهران: دارالکتب الإسلامیة، ۱۳۷۳.

انصاری، مرتضی‌بن‌محمدامین، کتاب المکاسب، چاپ اول، قم: دارالذخائر، ۱۴۱۱ق.

ایروانی، علی، حاشیة المکاسب، چاپ‌اول، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ق.

بهجت، محمدتقی، وسیلة النجاة، چاپ‌دوم، قم: شفق، ۱۴۲۳ق.

جزائری، محمدجعفر، هدی الطالب فی شرح المکاسب، چاپ‌اول، قم: مؤسسهٔ دارالکتاب، ۱۴۱۶ق.

جوهری، اسماعیل‌بن‌حماد، الصحاح-تاج اللغة و صحاح العربیة، چاپ‌اول، بیروت: دارالعلم للملایین، ۱۴۱۰ق.

حرعاملی، محمدبن‌حسن، وسائل الشیعة، چاپ‌اول، قم: آل‌البیت(ع)، ۱۴۰۹ق

خمینی، روح‌اللّه، کتاب البیع، چاپ‌اول، تهران: مؤسسهٔ تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۱ق.

خویی، ابوالقاسم، مصباح الفقاهه، قم: مؤسسهٔ نشر اسلامی، ۱۳۷۸.

سبزواری، عبدالأعلی، جامع الأحکام الشرعیة، چاپ‌نهم، قم: المنار، ۱۳۷۳.

سنهوری، عبدالرزاق احمد، الوسیط، بیروت: الحلبی، ۲۰۰۹م.

شهید ثانی، زین‌الدین‌بن‌علی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، چاپ‌اول، قم: کتاب‌فروشی داوری، ۱۴۱۰ق.

طباطبایی یزدی، محمدکاظم، حاشیة المکاسب، چاپ‌دوم، قم: اسماعیلیان، ۱۴۲۱ق.

طباطبایی قمی، تقی، عمدة المطالب فی التعلیق علی المکاسب، چاپ‌اول، قم: کتاب‌فروشی محلاتی، ۱۴۱۳ق.

علامه حلی، حسن‌بن‌یوسف، تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الإمامیة، چاپ‌اول، قم: مؤسسهٔ امام صادق(ع)، ۱۴۲۰ق.

مامقانی، محمدحسن‌بن‌عبداللّه، غایة الآمال فی شرح کتاب المکاسب، چاپ‌اول، قم: مجمع الذخائر الإسلامیة، ۱۳۱۶ق.

مرتضی زبیدی، محمدبن‌محمد، تاج العروس من جواهر القاموس، چاپ‌اول، بیروت: دارالفکر، ۱۴۱۴ق.

معلوف، لویس، المنجد فی اللغة، چاپ‌اول، تهران: اسلام، ۱۳۸۷.

نائینی، محمدحسین، منیة الطالب فی حاشیة المکاسب، چاپ‌اول، تهران: المکتبة المحمدیة، ۱۳۵۸.

همدانی، رضابن‌محمدهادی، حاشیهٔ کتاب المکاسب، چاپ‌اول، قم: مؤلف، ۱۴۲۰ق.

پایگاه اینترنتی مراجع عظام

پایگاه اینترنتی آیت الله حسین نوری همدانی، ۱۳۸۹، درس خارج فقه مبحث بیع، جلسه ۵۱۲ ص ۸، https://noorihamedani.ir

پایگاه اینترنتی آیت الله سید موسی شبیری زنجانی، ۱۳۹۲، درس خارج فقه مبحث بیع، https://zanjani.ir